

II. EXTRANJERO

APORTACION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DE CONTRATISTAS EN COSTA RICA *

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA.— II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE: A) *Remate*. B) *Contratación directa*. C) *Licitación privada*. D) *Licitación pública*: 1) Pliego de condiciones. 2) Oferta del particular. 3) Etapas del procedimiento licitatorio. E) *Relaciones contractuales*: 1) Fiscalización de la Contraloría. 2) Competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. F) *Contratos interadministrativos*. G) *Contratos de «actividad ordinaria»*. H) *Consideraciones generales*: 1) Históricas. 2) Jurídicas. 3) Económicas. 4) De organización y métodos.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es dar una idea lo más clara posible de la selección de contratistas en Costa Rica. Este mecanismo contractual comprende cuatro figuras básicas: el remate, la contratación directa, la licitación privada y la licitación pública. De ellas, la más importante es esta última, pues constituye la regla en la materia de la negociación administrativa. En vista de esta circunstancia, es explicable la exposición más detallada que se hace de la misma.

Dentro del contexto de la polémica teórico-práctica nacida alrededor de la figura del contrato administrativo, en el país citado, la tesis predominante es la del *contrat administratif*, es decir, la existente en Francia y España, por ejemplo. Cabalmente se cuestiona la conceptualización de esta relación patrimonial con un régimen exorbitante del Derecho común, ya que se postula que estos contratos de la Administración deben estar regidos por las normas de carácter común y no por el indicado sistema de prerrogativas en favor de los entes públicos. Se sabe que lo que hay detrás de estas tomas de criterio son enfoques y decisiones políticas. Empero, ya sea que los empresarios controlen el Estado desde dentro o que lo constriñan desde fuera, lo crucial es el hecho de que en una sociedad capitalista y, por ende,

* Resumen de la tesis doctoral, realizada bajo la dirección del catedrático Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

clasista, el Estado es un instrumento *sui generis* en la lucha por el poder político y económico, en manos de la respectiva clase dominante. Por este motivo histórico constituye un hecho irrelevante, desde el ángulo de las relaciones de dominación, en qué lugar estén parapetados los empresarios: si en la estructura misma de la maquinaria estatal o fuera de ella. Si lo que interesa desde otra dimensión es promocionar la pugna entre el grupo social integrado por los capitalistas (desde el pequeño hasta el gigante), entonces sí adquiere ribetes de importancia si la Administración tiene facultades privilegiadas, que van más allá del Derecho común. Como se observa, es parte de la dialéctica lucha por la hegemonía social.

En este marco conceptual, el ordenamiento costarricense se sitúa en la corriente del *contrat administratif* y pone la estructura estatal al servicio de los capitalistas que tienen acceso a los centros de poder de la misma, en perjuicio de aquellos que han quedado al margen de ella. Se trata, pues, de conflictos endógenos de la clase dominante ubicada en este país.

Debo adicionar que este estudio lo he realizado tomando muy en cuenta la experiencia obtenida en el Departamento de Litaciones de la Contraloría General de la República durante los años laborados en esta institución.

I

ALGUNAS IDEAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA

Luego de finalizada la «guerra civil de 1948» se elabora la Constitución política de 1949, la cual da a la Administración pública costarricense un matiz distinto al que tenía antes de 1948. Por este motivo indicaremos varias características interesantes de esta Constitución: 1.^a Configuración sistemática y constitucional del régimen de descentralización administrativa, que da lugar al Poder descentralizado o de «autonomía administrativa», el cual comprende las llamadas instituciones autónomas, que luego serán complementadas por Ley mediante las denominadas instituciones semiautónomas. 2.^a Plasmación de la jurisdicción contencioso-administrativa. 3.^a Configuración de la Contraloría General de la República, con sus rasgos y naturaleza específica. 4.^a Estructuración del régimen del servicio civil, destinado a la selección del personal técnico de la Administración. 5.^a Cristalización del Tribunal Supremo de Elecciones, destinado a todo lo relacionado con el sufragio y aspectos conexos. 6.^a Debilitamiento del Poder Central o Poder Ejecutivo, entre otros medios, a través de la elaboración del Poder Descentralizado.

Brevemente diremos que el Poder Central está integrado por tres órganos: el presidente de la República, éste y su respectivo ministro y el Consejo de Gobierno, formado por la totalidad de los ministros y

el presidente de la República. Por su parte, el poder descentralizado comprende las instituciones autónomas y las semiautónomas. Se pueden señalar dos criterios para diferenciarlas: 1.º, las autónomas están creadas constitucionalmente y presentan estas notas: patrimonio propio, personalidad jurídica propia y desvinculación jerárquica con respecto al Poder Central; 2.º, las semiautónomas se crean por disposición legal y contienen sólo dos de las citadas notas.

La Contraloría General de la República viene a ser otro elemento importante dentro de la estructura administrativa estudiada. Es ésta una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, a tenor del numeral 183 de la Constitución política. Sus jerarcas son el contralor y el subcontralor general, nombrados por la Asamblea Legislativa y responsables ante ella de su gestión.

II

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE

Fue la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 la que postuló en la Carta Magna de 1949 la licitación como el medio más idóneo para realizar la contratación administrativa. Ello fue una reacción contra la forma en que se venía efectuando tal fenómeno jurídico-patrimonial, es decir, sin mediar concurso, en forma directa, dado el régimen presidencialista en que se vivía. De esta manera se pasa de un sistema de selección de contratistas directo e inmediato a otro licitatorio, bajo los auspicios de la figura del *contrat administratif*, como ya se indicó.

Fruto de la mentalidad que privó en los años posteriores a la «guerra civil de 1948» es la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), emitida el 2 de mayo de 1951, en la cual se dan cuatro sistemas básicos de negociación administrativa: remate, contratación directa, licitación privada y licitación pública, los cuales analizaremos seguidamente.

A) Remate

Es el numeral 92 de la LAFR el que se refiere a él al decir que cualquier venta que realicen las dependencias oficiales se realizará por medio del órgano competente para ello, valiéndose del procedimiento de la licitación pública, y en el caso de que ésta resultare infructuosa se utilizará el remate. Como se observa, es una canalización excepcional de la contratación estudiada.

El remate es de poco uso en la práctica de la contratación, ya que lo que utiliza más es el mecanismo de la licitación privada y el

de la contratación directa. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa en 1971 y publicado en «La Gaceta» del 15 de febrero de 1972, presenta el numeral 145, con sus correspondientes nueve incisos, regulando este instrumento contractual; lo cual viene a mostrar que se considera útil el mismo para la realización de los negocios aquí tratados. A su vez, el numeral 127, del mismo proyecto, postula que será procedente el remate en el caso de enajenación o arrendamiento de bienes de la Administración si el monto de la operación es inferior a quince mil colones (C15.000).

B) *Contratación directa*

Este sistema de negociación estatal prevaleció durante los años de 1821 a 1949. Debido a la circunstancia histórica apuntada, en la Constitución política de 1949, se estipula como la regla, en materia de contratación administrativa, la licitación pública (1). Al ser establecida como excepcional, se especificó en qué casos procedía su uso.

Los supuestos en los cuales cabe la contratación directa son: 1.º Cuando los contratos y compras, hasta por la suma de cien mil colones (C100.000) (2), los realice la Administración con entidades o corporaciones nacionales o extranjeras, de utilidad pública o de bien social, generalmente reconocidas como ajenas al espíritu de lucro o con empresas o entidades que por razones especiales no pueden entrar en licitación, pero cuyo único afán es el de ayudar al Estado. 2.º Cuando se quiera contratar la compra de bienes raíces hasta por un valor de quince mil colones (C15.000), siempre que sean indispensables, por dictamen técnico, para obras de utilidad pública. 3.º Cuando la Administración se encuentre imposibilitada para sacar a licitación la compra de artículos en virtud de que por su propia naturaleza o uso sólo sean ofrecidos por un vendedor o requerir seguridades que únicamente sean garantizadas por casas o entidades determinadas. En estas hipótesis es necesaria la anuencia previa del Ministerio de Hacienda y la autorización de la Contraloría General de la República si el ente público contratante pertenece al Poder Central. Si es el Poder Descentralizado el relacionado con la negociación, se requiere sólo la autorización de la Contraloría (3).

Las notas caracterizadoras de esta negociación están dadas por: a) inexistencia de concurrencia de postores; b) ausencia de publicidad

(1) Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, fundamentalmente las números 162 y 164, y el dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, de 15 de enero de 1951.

(2) La unidad monetaria costarricense (colón) equivale, aproximadamente, a ocho pesetas.

(3) Numerales de la Ley de Administración Financiera de la República, 96, 104 y 109.

en el «Diario Oficial»; c) carencia de formalidades procedimentales complejas, y d) modo excepcional de contratar administrativamente.

Dentro del mismo campo de este mecanismo selectivo contractual se pueden distinguir la contratación directa propiamente y la contratación por administración. La diferencia entre ellas radica en que esta última no precisa de la autorización de la Contraloría, sino que puede ser llevada a cabo inmediatamente por la Administración, en vista de que los montos económicos de la relación obligacional son bajos y pagados por «caja chica». Las hipótesis en las cuales procede la contratación por administración son: 1.º Cuando la compra, la venta o el arrendamiento de bienes tengan un valor inferior o igual a cinco mil colones (C5.000). 2.º En contratos y compras hasta por cinco mil colones se puede optar por la licitación privada o el mencionado mecanismo. El primer caso se refiere al Poder Descentralizado; el segundo, al Poder Central (4).

Como queda descrito, el motivo de urgencia no es razón justificadora del uso de la contratación directa.

C) *Licitación privada*

Al igual que con el remate, este otro sistema de negociación administrativa es excepcional, careciendo de una regulación relativa a su tramitación y sustantividad. Sus rasgos caracterizadores son: a) ausencia de la admisión amplia y obligatoria al concurso; b) igualdad de trato entre los oferentes admitidos; c) la adjudicación debe hacerse sobre la «mejor oferta»; d) el acto adjudicatario puede ser atacado, en vía administrativa, mediante el recurso de reposición, no existiendo el de apelación ante la Contraloría; e) puede no darse el pliego de condiciones; y f) la publicidad no es obligatoria.

En virtud de que la ley no estipula normas sobre el procedimiento de este mecanismo, la Contraloría ha expresado que en la medida en que resulten pertinentes se aplicará lo relativo a la licitación pública al concurso privado (5), teniéndose así estas indicaciones, en cuanto a: 1) principios reguladores: deben respetarse los de igualdad de trato entre los postores concurrentes que hayan sido expresamente invitados y los que hubieran voluntariamente hecho presentes sus plicas y el de la adjudicación a la «mejor oferta». 2) Plazos de recepción de plicas y de entrega del objeto licitado: los fija, prudentemente, la Administración. 3) Invitación a concursar: ella puede ser materializada en una simple fórmula de invitación, en la cual se consignarán los datos básicos de la negociación que desea plasmar la Administración. 4) Estudio y selección de plicas: se realizan de modo informal y simple, de conformidad con los principios normativos de la licita-

(4) Numerales 96, párrafos 1.º y 109, inciso 1.º, de la Ley de Administración Financiera de la República.

(5) Pronunciamientos de 3 de junio de 1971 por oficios núms. 2384 y 3738 de 23 de agosto de 1988.

ción citados. 5) Adjudicación: ella debe recaer sobre la «mejor oferta» de las presentadas en el concurso, en el caso de que se decida a negociar, y no al rechazo de las ofertas, mediante la fórmula de «concurso desierto» o dejando transcurrir el plazo de adjudicación sin escoger oferta alguna. 6) Caucciones: su exigencia es optativa, tanto en lo que respecta a la de participación como a la de cumplimiento.

La Ley de Administración Financiera de la República contempla dos situaciones, en las cuales es pertinente el uso de la licitación privada: 1.º si desea contratar una entidad del Poder Central: en aquellos contratos y compras hasta por cinco mil colones, y 2.º si el ente pertenece al Poder Descentralizado: compra, venta o arrendamiento de bienes cuyo valor sea igual o superior a cinco mil colones pero inferior a diez mil (6).

El remate y la licitación privada son de escasa utilización por los entes públicos, los cuales canalizan su actividad contractual, más frecuentemente y con las regulaciones propias, a través de la contratación directa y la licitación pública.

D) *Licitación pública*

Es éste el sistema fundamental de la contratación administrativa costarricense. Así lo postula claramente el numeral 97 de la Ley de Administración Financiera de la República, al expresar que los contratos que no se realicen mediante este procedimiento serán «absolutamente nulos», salvo los casos manifiestamente calificados como vías excepcionales.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 prevaleció la tesis de la licitación pública como procedimiento adecuado para la contratación administrativa, como ya fue enunciado. Con esta postura se deseaba garantizar la moralidad de la actuación de las instituciones públicas al obstaculizar el favoritismo y el negociado hasta donde ello fuese posible, y, a la vez, permitir la participación de los interesados en la analizada contratación. Por supuesto, que la conducta de los constituyentes estaba inmersa en una específica circunstancia histórica (el ascenso de un nuevo grupo burgués a las esferas de decisión y de Poder del país) que promocionaba ideologías de participación en la gestión pública, mediante el principio de contratista interpuesto, con la finalidad de que se diera una situación de mercado competitivo en el cual los empresarios pudieran obtener beneficios económicos, rompiéndose así el restringido grupo de habituales contratistas con el Estado.

En lo pertinente a las notas caracterizadoras de esta licitación se pueden enunciar las siguientes: igualdad de trato, competencia, seguridad y libertad jurídicas, publicidad, formalismo, legalidad, licitación necesaria, unidad procesal, adjudicación «automática» y equilibrio

(6) Numerales 96, párrafos 1.º y 109, inciso 2.º, de la Ley indicada.

de intereses o ecuación financiera del contrato. Cobran un sentido específico, en el ordenamiento estudiado, los principios de licitación necesaria (los contratos administrativos deben hacerse mediante licitación pública), unidad procesal (cada licitación es una unidad plenamente independiente de las demás), adjudicación «automática» (la Administración debe escoger—cuando no ejerce su facultad de declarar desierto el concurso— la «mejor oferta» de las presentadas al concurso) y los de formalismo y legalidad (facultad de los interesados para impugnar el pliego de condiciones, por ejemplo).

1. *Pliego de condiciones*

En el país que se analiza, este documento es frecuentemente llamado cartel o instructivo, además de pliego de condiciones. Juega como ley entre las partes y responde a la facultad reglamentaria de la Administración. Como *cahier des charges* que es contiene cláusulas generales y condiciones técnicas. El hecho de presentar condiciones que deben ser cumplidas estrictamente, so pena de ser excluidos del concurso (por ejemplo, las referidas a las características inherentes al objeto licitado: tipo de motor de un vehículo, clase específica de un material de construcción), y otras en las cuales los oferentes pueden hacerle proposiciones al ente público (*verbi gratia*, el precio de la cotización), unido a la existencia del procedimiento de impugnación al cartel, son circunstancias que tienden a indicar que el contrato administrativo en este país no es de los de adhesión.

Rasgos que debe presentar el cartel son: la univocidad, la claridad, la simplicidad, la uniformidad, la precisión y el ser «totalizante», es decir, que contenga las cláusulas y los elementos imprescindibles, con el fin de que posteriormente, ante un recurso de apelación, la Administración no argumente (como lo hace con cierta frecuencia) que las condiciones alegadas por el recurrente no eran necesarias, ya que una vez puestas en el pliego de condiciones obligan al ente público y a los particulares proponentes a su fiel cumplimiento. Todas esas notas deben propender a la protección de los principios informadores de la licitación, ya citados, y a la configuración del cartel como un límite inferior que debe ser observado estrictamente por las partes negociantes.

Compone el concepto de «cartel» tanto el aviso de licitación, publicado en el «Diario Oficial», como todos los documentos y elementos anejos y complementarios que la Administración califique como parte integrante de aquél (maquetas, planos, muestras, diseños, formularios, etcétera).

2. *Oferta del particular.*

Es ésta la respuesta del administrado a la invitación, pública y general, que hace la Administración a participar en una licitación pública. La proposición del particular está integrada por el escrito

principal de oferta, en el cual expresa que está conforme en contratar con el ente licitador, y a la vez manifiesta sus condiciones de negociación, y por todos los demás elementos pedidos en el cartel y presentados voluntariamente por el postor (certificaciones del Registro público, muestras, catálogos, garantías, historial profesional, atestados de diversa índole, etc.). Este conjunto de elementos constitutivos de la oferta del particular debe ser presentado en sobre cerrado, con el fin de materializar el principio licitatorio del «secreto de las plicas».

En virtud de que el carte se conceptúa como un límite inferior o un conjunto de requisitos mínimos que debe llenar el oferente, es frecuente que se presenten propuestas que superan tal límite.

Estas plicas son calificadas de «ofertas ventajosas». Por supuesto que no hay impedimento para que la Administración seleccione una de estas propuestas, de acuerdo a estas indicaciones: *a)* si tal oferta es de inferior o igual precio que las demás, no está obligada a razonar su decisión, pues se da por supuesto que las otras, de haber presentado las supuestas ventajas, tendrían un precio superior, y *b)* en el caso de que la plica adjudicada sea de un precio superior al resto de las ofertas (o con respecto a la del apelante) pesa sobre el ente público la obligación de justificar la mayor onerosidad en que incurre (7).

Refiriéndonos a una posible tipología de ofertas, la misma podría ser ésta: *i)* desde el punto de vista del momento en que se presentan las plicas a la respectiva oficina receptora de ellas: sucesivas, cuando el postor deposita varias a lo largo del plazo de recepción de propuestas, y simultáneas si el oferente presenta al mismo tiempo varias proposiciones. *ii)* De acuerdo a su contenido: completas si el oferente cotiza la totalidad de lo licitado, conforme al cartel, y parciales cuando el oferente fracciona lo pedido en el pliego de condiciones, violándolo. *iii)* Desde la perspectiva de su firmeza: incondicionales, en el caso de que el proponente deposite una oferta pura y simple, es decir, sin condiciones de ningún tipo, sino en forma cierta, precisa, firme e incondicional; y condicionada cuando el postor le hace llegar a la Administración una propuesta sujeta a condiciones, incierta, imprecisa, inestable y, por ende, merecedora de ser excluida del concurso. Y *iv)* En concordancia a su naturaleza: alternativas si el oferente le propone a la Administración una gama de posibilidades de negociación. En la práctica, por lo general, estas ofertas son rotuladas por el proponente con esta leyenda: «Alternativa A», «Alternativa B», etcétera. Únicas, cuando el aplicante le presenta al ente licitador una sola propuesta.

En lo atañente a modificaciones de la plica, la mismas se pueden hacer antes de la apertura de ofertas (8), siempre que sean en sen-

(7) Resoluciones de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las catorce horas quince minutos del 31 de junio de 1972.

(8) Resolución de la Contraloría de las catorce horas del 6 de mayo de 1966.

tido favorable a la Administración (9). Asimismo, las aclaraciones a las plicas pueden efectuarse antes del acto de adjudicación (10).

3. *Etapas del procedimiento licitatorio.*

Las fases más relevantes de este proceso son: los actos preliminares, la publicación del cartel, la probable impugnación al mismo, la presentación de ofertas, la apertura de ellas, su estudio y clasificación, la adjudicación de la «mejor» apelación del acto adjudicatario y refrendo del contrato administrativo.

a) *Actos preliminares.*—Son éstos los actos preparatorios del procedimiento de licitación. Elaboración del pliego por la Administración y autorización del mismo por la Contraloría, en el caso del Poder Central (el Poder Descentralizado está exento de la obligación de someter sus carteles a la autorización contralora), fiel cumplimiento con el principio de legalidad presupuestaria, que, a su vez, comprende los de preclusión y especialidad (11) y el envío para la publicación del cartel, al menos en el «Diario Oficial», constituyen los pasos más sobresalientes de estos preliminares licitatorios.

b) *Publicación del cartel.*—Este acto de publicación comprende los siguientes: acto de elección del procedimiento de selección, reglamento del procedimiento elegido y la invitación a presentar oferta, cursada a los particulares (12). Esta publicación es una forma importante de materializar el principio de legalidad de la actuación administrativa (13).

c) *Impugnación al cartel.*—Conforme al Decreto Ejecutivo número 18, de 30 de abril de 1968, cualquier persona puede objetar el pliego de condiciones publicado debidamente. Este Decreto es fruto de la experiencia de la Contraloría en esta materia, pues con anterioridad a la emisión de esa disposición la mencionada objeción se regulaba de acuerdo a los pronunciamientos correspondientes que dictaba ese ente. Esta impugnación es una diligencia que hace el particular con el fin de atacar el cartel, argumentando supuestos vicios en el procedimiento, o por estimar qué condiciones o especificaciones del mismo limitan ilegítimamente la libertad de concurrencia, al tenor del numeral tercero del indicado Decreto (14).

(9) Resolución de la Contraloría de las once horas del 18 de junio de 1966.

(10) *Idem.*

(11) ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, p. 98, 1968.

La Contraloría tiene ocho días hábiles para dar o negar la autorización a los carteles del Poder Central. Si esos días pasan sin que este ente se pronuncie, los mismos se dan por autorizados (art. 100, inciso b), de la LAFR).

(12) BOQUERA OLIVER, José María: *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. 38.

(13) LAUBADÈRE, André de: *Traité Élémentaire de Droit administratif*. LGDJ. París, p. 311 T. I., 1970.

(14) MURILLO, Mauro: *Objeciones a los carteles de las licitaciones públicas*. Imprenta Nacional. «Revista de la Contraloría» núm. 1, 1967, p. 39, San José.

Esta objeción debe ser interpuesta en el primer tercio del plazo concedido para la recepción de plicas, debidamente razonada, en papel sellado de un colón, con su respectiva copia. La Contraloría deberá pronunciarse en el segundo tercio del lapso señalado, contando la Administración con el tercero y último tercio para efectuar lo que estime pertinente, si es del caso, ya que el criterio de la Contraloría no es vinculante. Dos circunstancias se pueden derivar de una objeción al cartel: *i)* que ella sea declarada por la Contraloría como improcedente, manteniéndose incólume el pliego de condiciones, o *ii)* que tal impugnación sea declarada con lugar por el citado ente. Ante esta hipótesis, la Administración puede tomar, legítimamente, dos posturas: o bien modifica el cartel, tal y como se lo indica la Contraloría, o bien mantiene el pliego de bases sin alteración alguna, legitimando así al particular a que pueda apelar contra el futuro y posible acto de adjudicación correspondiente (15). También puede darse el caso de que la Contraloría declare con lugar una objeción al cartel interpuesta contra un pliego autorizado expresamente por ella. Ello no es problema por cuanto la mencionada autorización no implica, de ningún modo, la inimpugnabilidad del instructivo, sino sólo el respectivo control sobre la legalidad del mismo, sin que esto sea obstáculo para que los particulares puedan atacar el *cahier des charges* por los motivos dichos, ya que no se puede pretender que el ente fiscalizador sustituya la acción de los administrados enderezada a objetar un cartel, pues son éstos los lesionados potencialmente con la emisión de un pliego viciado.

En el supuesto de que no se dé la objeción al cartel en el plazo concedido por el Decreto para ello, se tiene al pliego como aceptado por los particulares, no pudiéndose luego—en principio—recurrir contra el acto de adjudicación arguyendo razones propias de una objeción al cartel.

d) *Presentación de las ofertas.*—Los proponentes pueden depositar legítimamente sus plicas dentro del plazo estipulado para este fin. El señalado Decreto es quien regula estos plazos de recepción de plicas. Antes de la vigencia de esta norma, la Administración fijaba prudencialmente estos lapsos. A partir del citado Decreto, estos plazos quedaron fijados así: licitaciones para la construcción de obras, un mes; concursos para suministros, necesariamente de importación, veinte días hábiles, y para otros tipos de contratación, quince días hábiles. Estos plazos corren normalmente en el supuesto de que no se interpongan objeciones al instructivo. Si esto ocurre, entonces se aplica esta disposición del numeral segundo del indicado Decreto: entre la fecha de publicación en el «Diario Oficial», de iniciativa propia o bien a solicitud de parte interesada, o conforme a disposición de la Contraloría General de la República, de modificaciones, adiciones, aclaraciones o interpretaciones a los carteles, y la fecha señalada para la

(15) Resolución de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966.

recepción de ofertas deberá mediar un plazo no inferior a la mitad de los límites indicados en el numeral transcrito (un mes, veinte días hábiles y quince días hábiles, respectivamente), a cuyo efecto el órgano o ente estatal interesado deberá disponer de las prórrogas que sean necesarias, las cuales tendrán igualmente el carácter de modificaciones, teniéndose presente que las publicaciones en el «Diario Oficial» deberán aparecer antes del vencimiento del término previamente estipulado para la recepción de las plicas (16).

Para los efectos de presentación de las propuestas, éstas deben ser orientadas hacia el lugar que la Administración señale como sitio de recepción de ellas, pudiéndose presentar personalmente los sobres cerrados o ser enviados por correo, de modo certificado (17).

Los requisitos de presentación que deben llenar las plicas son los siguientes: entregarlas en el sitio y dentro del plazo de recepción de ofertas; materializar la propuesta en un original, en papel sellado de un colón o en papel común con un timbre de ese mismo valor, y tres copias de este escrito principal de oferta, en un sobre debidamente cerrado; la oferta debe estar redactada en español, o en otro idioma, pero adjuntando la traducción en español, caso en el cual se tendrá como documento principal a este último; debe venir firmada la plica por el respectivo oferente o su representante legal y presentar la pertinente autenticación de la misma por un abogado; al escrito principal de oferta se deben adjuntar los documentos requeridos por el pliego, tales como las certificaciones correspondientes del Registro Público; si se trata de un representante de casas extranjeras, éste debe acompañar a su escrito principal de oferta la información relativa al número y la fecha de su licencia extendida por el Ministerio de Hacienda, de acuerdo a la Ley número 2384, de 30 de abril de 1964; al citado escrito principal se le debe adjuntar las muestras, literatura, catálogos, planos, facturas proforma y toda otra información pedida en el pliego o aportada voluntariamente por el postor, teniéndose presente que todos estos elementos integran su oferta y que, en caso de duda o contradicción, prevalece lo puesto en el escrito principal de oferta sobre la literatura o catálogos acompañantes (18).

Por su parte, la entrega de las ofertas por el postor implica—en principio—dos consecuencias: primera, obliga a mantener la propuesta hasta que la Administración realice la adjudicación o declare, tácita o expresamente, desierto el concurso, y segunda, da lugar a la inalterabilidad de la proposición. Estos aspectos responden al princi-

(16) Numeral 2.º del citado Decreto. El 1.º se refiere a los plazos de cita, y el 3.º, al procedimiento de objeción al cartel.

(17) Pliego de condiciones del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado. «Condiciones generales», cláusula 1-a), de noviembre de 1971. Asimismo Resolución de la Contraloría de las catorce horas diez minutos del 12 de junio de 1972.

(18) Circulares de la Contraloría del 16 de octubre de 1962 y de 26 de enero de 1966.

pio de la intención sería de contratar que debe demostrar, también, el particular. Generalmente se acepta el retiro jurídico de la plica y sus modificaciones antes de la apertura de las ofertas.

Otra fase de la cuestión estudiada es la de la prórroga del plazo de recepción de ofertas por la Administración. Esta ampliación del plazo citado puede ser efectuada antes del vencimiento de la fecha límite señalada para este objeto, ya que si la publicación de la adición se hace posteriormente se tiene como nula, pues las plicas tienen que ser abiertas inmediatamente después de finalizado el plazo de recibimiento de propuestas. También, a su vez, el particular puede prorrogar el plazo de vigencia de su plica, antes del acto de adjudicación cuando considere que este acto podría efectuarse luego de vencido el lapso de tiempo en el cual su oferta está vigente (19).

e) *Apertura de ofertas.*—Este acto tiene que ser llevado a cabo inmediatamente después de finalizado el lapso de recepción de propuestas, al tenor del inciso d) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República, según el cual el día y la hora que se hubieren indicado como límite para presentar ofertas serán abiertas las que se hubieren presentado (20), en presencia de los interesados que deseen asistir (21), sin que la ausencia de éstos sea motivo para que tal acto deje de efectuarse (22).

Este acto es público y cualquier persona puede asistir a él, pero sólo tendrán derecho a formular quejas, oposiciones y observaciones los interesados, que para estos efectos se califican como tales a los representantes de la dependencia pública que solicitó el objeto licitado (23). De este acto de apertura de plicas se levantará la respectiva acta, que contendrá los detalles pertinentes, la cual debe ser suscrita por los interesados presentes (24).

Efectos que merecen apuntarse del acto en mención son: i) las ofertas se hacen públicas, perdiendo con ello su anterior secreto; ii) lo anterior implica que no pueden ser alteradas ni modificadas; iii) la Administración procede al estudio, clasificación y adjudicación o declaratoria de concurso desierto, según estime conveniente; iv) si el acto de apertura de propuestas se realizó oportunamente (el día y la hora límites para la recepción de ellas), la posible adjudicación es válida y perfecta, siendo nula en el supuesto contrario; v) si la Ad-

(19) Pronunciamiento de la Contraloría por oficio número 4339, de 30 de septiembre de 1968, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

(20) El numeral 10 del Reglamento de la Proveduría Nacional permite recibir ofertas después de vencida la hora tope si los interesados presentes así lo acuerdan unánimemente.

(21) Numeral 14 del citado Reglamento.

(22) Párrafo 2.º del numeral 14 ídem.

(23) Numeral 19 del mencionado Reglamento de la Proveduría Nacional.

(24) Inciso e) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y artículo 17 del Reglamento de la Proveduría Nacional.

ministración no adjudica «en el mismo acto» (25) de apertura de ofertas, empieza a funcionar el plazo de adjudicación, el cual es por ley —a lo sumo— de treinta días hábiles, y de noventa días hábiles mediante la autorización de la Contraloría, obtenida con anterioridad a la publicación del pliego de condiciones (26), y vi) con la finalidad de la adjudicación correspondiente, la Administración formará dos grupos de plicas: las elegibles y las rechazables, de acuerdo al criterio de si cumplen o violan el cartel. La elección debe recaer sobre una de las del primer grupo.

f) *Adjudicación de la «mejor oferta»*.—El acto de adjudicación es el principal del procedimiento de la licitación pública, ya que el mismo significa la culminación de este proceso al emitirse el acto selectivo pertinente (27). En el ordenamiento que se analiza la «mejor oferta» es aquella que presenta rasgos que la hacen atractiva para la Administración y merecedora de su escogimiento. De este modo, la selección versará sobre la plica que, ponderados todos sus elementos, merece el calificativo de «mejor» por el ente público, (28). La naturaleza jurídica de este acto está dada por sus notas de firmeza y de participación, al ser inimpugnable y fruto de la voluntad del particular y de la Administración (29).

Cabe distinguir en este epígrafe dos modalidades de adjudicación: la provisional y la definitiva. i) Provisional: se puede hablar de ella durante el plazo comprendido entre el momento en el cual la Administración adjudica y el momento en el cual fenecce el término para apelar contra tal decisión adjudicatoria. ii) Adjudicación definitiva: ésta se materializa a partir del momento en que vence el lapso de impugnación contra el acto selectivo de la mejor oferta. Con la primera adjudicación, el contrato es perfecto y válido, pero ineficaz; con la selección definitiva, el contrato es perfecto, válido y eficaz.

g) *Criterio de la adjudicación*.—La Administración tiene facultades discrecionales para escoger la plica que consideré como más idónea al tenor de la legalidad administrativa. Se dan reglas prácticas para la concreción de la voluntad del ente público. Entre las más significativas están las siguientes: i) si la adjudicación recae sobre una plica de inferior o de igual precio que las demás presentadas al

(25) Inciso f) del numeral 100 de la LAFR. Esta expresión de la «unidad de acto» es originaria del formalismo del Derecho romano (Rafael Núñez-Lagos: Documento en Roma. Separata de la «Revista de Derecho Notarial». No indica año ni número de esa revista, p. 7).

(26) Numeral 100, inciso f), de la LAFR.

(27) Mo, Fernando: *Régimen legal de las obras públicas*. Depalma, Buenos Aires (Argentina), p. 156, 1966.

(28) Numeral 93, párrafo 3.º, del Reglamento General de Contratación del Estado español. En este artículo se observa una semejanza de la figura del «concurso» español con la licitación pública de Costa Rica.

(29) Ortiz Ortiz, Eduardo: *Actividad privada de la Administración*. Imprenta Lehmann. «Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica», número 11, p. 372, 1968, San José.

concurso, la Administración no está constreñida a justificar su decisión, ya que se parte del supuesto de que no se puede obligar al ente público a que haga una inversión más onerosa si contrata con un postor que le da a él lo que pide a un precio menor o, al menos, igual que las restantes ofertas; *ii*) si la selección versa sobre una propuesta de mayor precio que las restantes, la Administración está en el deber de razonar su mayor inversión, demostrando que el superior precio que está aceptando se justifica ante la presencia de otros parámetros que respalden sólidamente la postura del ente público (30).

La Administración, además, debe recoger en el acta de adjudicación los elementos más relevantes de su decisión. De este modo se «cosifica» la voluntad administrativa en este documento público, del cual se publicará lo esencial en el diario oficial («La Gaceta»), al menos, en el correspondiente aviso de adjudicación. Esta publicación es importante, entre otros aspectos, porque juega como requisito de eficacia del acto administrativo en cuestión (31).

h) Efectos de la adjudicación provisional.—Se pueden indicar estos efectos del modo siguiente: *i*) posibilidad de que la Administración revoque su acto selectivo; *ii*) interposición ante la Contraloría del pertinente recurso de apelación contra el acto adjudicatario. En esta hipótesis se pueden dar dos situaciones: una, que la apelación sea desechada, y otra, en la cual la impugnación es aceptada, anulándose la respectiva adjudicación. En este último supuesto la Administración puede readjudicar, para lo cual contará con un plazo de tiempo igual al señalado en el cartel, o declarar el concurso desierto; *iii*) este tercer caso se refiere a la circunstancia de que no se den ninguno de los anteriores supuestos, lo que es usual, hipótesis en la que la adjudicación provisional deviene en definitiva e inimpugnable.

i) Efectos de la adjudicación definitiva.—Los posibles efectos de esta selección son los siguientes: 1.º Esta adjudicación es plenamente inimpugnable. 2.º Genera derechos subjetivos en favor de los contratistas, en contraposición a la adjudicación provisional, que implicaba la posesión de intereses legítimos por parte de los «interesados» en que el procedimiento licitatorio sea conforme a derecho. 3.º Clausura definitivamente el procedimiento de la licitación pública. 4.º Implica el retiro de las ofertas desechadas por sus respectivos proponentes. 5.º Significa la entrega de las garantías de participación a los oferentes rechazados. 6.º Se configura integralmente el contrato administrativo, con sus notas de perfección, validez y eficacia. 7.º El contratista debe sustituir la garantía de participación por la de cumplimiento; y 8.º Da inicio a la vida del contrato administrativo, con sus posibles

(30) Resoluciones de la Contraloría de las quince horas del 16 de mayo de 1969 y de las once horas cuarenta y cinco minutos del 21 de febrero de 1972. Numeral 100, inciso *g*), de la LAFR.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Apuntes de Derecho administrativo*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1972-1973, t. II, p. 140.

facetas de modificación, incumplimiento, cesión, subcontrato, rescisión, etc.

j) *Formalización del contrato.*—En Costa Rica, con la adjudicación en firme se configura totalmente el contrato administrativo, no siendo necesaria la formalización del mismo en escritura pública (32).

Sin embargo, algunas instituciones del Poder descentralizado estipulan en sus correspondientes carteles la obligación de formalizar el contrato administrativo en escritura pública.

k) *Cauciones licitatorias.*—En la licitación pública examinada se suelen solicitar dos tipos de garantías: de participación y de cumplimiento. Ambas son de exigencia optativa. La primera, generalmente, es hasta por un máximo de un cinco por ciento (5 por 100) del monto cotizado, y la segunda, frecuentemente, hasta por un diez por ciento (10 por 100) del monto adjudicado. Para los efectos de su debida presentación, tales garantías deben materializarse en valores cuya cotización en el respectivo mercado sea real y no facial o nominal (33). Estas cauciones responden al principio de la intención seria de contratar que debe demostrar el particular. Por lo que respecta propiamente a la garantía de cumplimiento, cabe hacer algunas consideraciones: 1.^a Naturaleza: no tiene el carácter de cláusula penal; es una garantía del ente público para constreñir al contratista a cumplir con lo pactado. 2.^a Por el anterior motivo, en el caso de incumplimiento del contratista la Administración le ejecuta esta caución y le cobra además los daños y perjuicios provocados por este incumplimiento (34). 3.^a Monto: la Contraloría manifestó que la cifra del 10 por 100 constituye un máximo, de conformidad con el inciso k) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (35). 4.^a Modo de rendirla: el organismo contralor indicó que esta garantía puede rendirse mediante dinero efectivo, cheques certificados, garantía bancaria, bonos del Estado o del Sistema Bancario Nacional, los cuales se recibirán por su valor real o de mercado, de acuerdo con el boletín emitido por el Banco Central (36). 5.^a Funcionamiento: en ciertos casos, el adjudicatario prefiere perder la garantía de participación a contratar con la Administración por los motivos que estime pertinentes. En esta hipótesis, la Administración readjudicará, seleccionando otra plica. La sanción que se establece contra este tipo de adjudicatarios transgresores de sus obligaciones es que en las nuevas licitaciones que requieran la presentación de

(32) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio núm. 208, del 12 de enero de 1968.

(33) Cláusula núm. 4-f, 2, del cartel del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado, de noviembre de 1971, relativas a las condiciones generales.

(34) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio núm. 176-L-1972 y núm. 4552, del 14 de octubre de 1968.

(35) Circular de la Contraloría del 10 de diciembre de 1962.

(36) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio núm. 3547 de 1967.

la caución de cumplimiento se tendrá por desechadas sus propuestas (37).

Debido a que no existen normas reguladoras de esta materia, la Contraloría, mediante pronunciamiento materializado en Oficio número 4954, de 1 de agosto de 1966, señaló: 1.º El ente público puede ejecutar la garantía de cumplimiento en cualquier momento, mientras la misma esté en su poder y tenga vigencia. 2.º La ejecución tardía del contrato da lugar —en todo caso— a la ejecución de la garantía de cumplimiento. 3.º Esta caución se ejecuta sin que sea necesario probar daños y perjuicios, con fundamento en la demora injustificada en que incurrió el contratista. 4.º En el supuesto de que la citada garantía esté vencida o se le haya entregado al contratista, la Administración perseguirá entonces al contratista por daños y perjuicios. 5.º Esta garantía puede ser rendida por el propio obligado o por un tercero; para los efectos de su ejecución no importa quién la haya rendido. 6.º En el supuesto de que el contratista haya cumplido lo pactado a entera satisfacción de la Administración, ésta le entregará la garantía mencionada y un finiquito (38).

1) *Apelación contra el acto adjudicatario*.—El recurso de apelación que pueden interponer los interesados ante la Contraloría General de la República tiene por objetivo impugnar la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos mediante el debido y oportuno ejercicio del *onus probandi* a cargo de aquéllos. Se trata esta impugnación de un recurso jerárquico impropio, por cuanto se interpone ante la Contraloría, la cual no es un órgano superior jerárquico del que dictó el acto de adjudicación, sino que es una institución auxiliar del Poder legislativo.

El plazo en el cual se pueden impugnar oportunamente los actos adjudicatarios es de tres días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil a aquel en que se publicó el respectivo aviso de adjudicación en el «Diario Oficial» (39). Esta publicación debe hacerse inmediatamente después de realizada la adjudicación, ya sea que la misma se diere dentro del plazo de treinta días hábiles o de noventa (este último con la debida autorización de la Contraloría, anterior a la publicación del cartel), estipulados en el pliego de bases para seleccionar la mejor oferta (40). Relieve importante cobra aquí el criterio expuesto por la Contraloría en el sentido de que si la Administración es renuente a publicar su decisión adjudicataria dentro de un

(37) Párrafos 2.º y 3.º del numeral 21 del Reglamento de la Proveeduría Nacional.

(38) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio núm. 358, del 17 de enero de 1969.

(39) Numeral 100, inciso *h*), de la Ley de Administración Financiera de la República y Ley núm. 1603, de 14 de julio de 1953, que interpreta este inciso *h*) en el sentido manifestado.

(40) Numeral 100, inciso *f*), de la LAFR.

plazo prudencial, el interesado se puede dar por notificado y apelar legítimamente contra el indicado acto (41).

La palabra «interesado» es de necesaria conceptualización para los efectos de la apelación mencionada. La Contraloría delinea esta palabra al precisar que es «interesado» el oferente sujeto a las condiciones del cartel y excluido del concurso y el objetante exitoso del pliego de condiciones desoido por la Administración (42). De este modo se comprende la expresión de que es el interesado quien puede interponer legítimamente el recurso de apelación contra los actos de adjudicación de los entes públicos (43).

Esta impugnación se puede materializar contra el acto adjudicatario, no contra la declaratoria de desierto el concurso ni contra la revocatoria de la selección ni contra la revocatoria de este último acto (44). Los requisitos que examina la Contraloría para darle trámite al recurso respectivo y estudiar el fondo de la cuestión planteada son: 1.º Por lo referente al cartel, se ausculta si el recurrente cumple o viola el mismo. 2.º En lo atañente al plazo de apelación, se revisa si el recurso fue presentado oportunamente. 3.º En cuanto a las formalidades, se estudia si la impugnación está debidamente firmada y autenticada la firma por un abogado, y se deposita en papel sellado de un colón junto con tres copias del escrito de apelación, debidamente suscritas (45).

En el supuesto de que se apele a nombre de otro, se requiere la presentación del correspondiente poder (46).

Referente a la tramitación del recurso de apelación, el remedio se procesa del siguiente modo: 1.º Se le comunica a la Administración que su acto adjudicatario ha sido recurrido, adjuntándole una copia del escrito de impugnación. 2.º En esta misma comunicación se le concede al ente público un plazo para que responda al recurso en defensa de su elección de contratista (47) y para que remita a la Contraloría copia fiel del acta de adjudicación y todos los documentos y elementos relativos a las partes en discordia. 3.º Una vez que la Contraloría tiene en su poder todos los elementos de juicio para pro-

(41) Resoluciones de la Contraloría de las trece horas cuarenta minutos del 16 de junio de 1966 y de las dieciséis horas treinta minutos del 8 de octubre de 1967.

(42) Resoluciones de la Contraloría de las catorce horas del 24 de noviembre de 1965, de las dieciséis horas del 8 de agosto de 1967 y de las once horas del 16 de febrero de 1966.

(43) MURILLO, Mauro: *Consecuencias de ser la apelación ante la Contraloría recurso jerárquico impropio*. Imprenta Lehmann, «Revista de la Contraloría», número 8, diciembre de 1968, p. 53, San José.

(44) Resoluciones de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las nueve horas del 30 de enero de 1972.

(45) Circular de la Contraloría del 29 de enero de 1966 y Resolución de la misma de las ocho horas treinta minutos del 23 de mayo de 1966.

(46) Resoluciones de la Contraloría de las diez horas del 4 de octubre de 1972; de las ocho horas del 12 de septiembre de 1972 y de las once horas del 6 de noviembre de 1972.

(47) Este plazo, generalmente, es de ocho días hábiles.

ceder al estudio de la apelación, cuenta con un lapso de un mes para resolver el conflicto, el cual puede ser prorrogado a criterio del contralor general (48). 4.º La Resolución de la Contraloría es definitiva, quedando con ella agotada la vía administrativa (49). Esta Resolución tomará en cuenta todos los factores de conveniencia para el país, inclusive aquellos relacionados con la posibilidad de cumplimiento por parte del oferente, pero «evitando en todo caso suplantar las facultades que corresponden a la entidad administrativa interesada en la contratación» (50).

La Contraloría puede examinar la legalidad y la oportunidad del acto de adjudicación, ya sea a instancia de parte o de oficio (51). Es pertinente la anulación de pleno derecho (52) cuando el ente contralor comprueba la existencia de nulidades absolutas, siendo necesario que las partes argumenten las nulidades relativas para que la Contraloría las estudie y vierta su criterio sobre ellas; de lo contrario no las revisará, por cuanto no le es dable a ella suplir el interés de las partes. En lo que hace a los efectos de esta Resolución, ellos pueden ser al menos dos: en la hipótesis de que ésta desestime el recurso, la adjudicación adquiere el grado de firmeza, siendo ejecutable el respectivo contrato; en el supuesto inverso, la Administración cuenta con dos posibilidades: o bien declara desierto el concurso o bien readjudica, para lo cual tiene un plazo de selección igual al indicado en el cartel para escoger la mejor oferta. Por supuesto que contra las readjudicaciones también caben recursos de impugnación por los sucesivos «interesados» (53).

II) *Refrendo del contrato.*—Se ha comentado en el país examinado que el refrendo, se viene entendiendo como aprobación al respectivo contrato, lo cual no es exacto, ya que la Contraloría tiene facultades para denegar la citada aprobación (54). El principio en este campo es que las adjudicaciones no necesitan refrendo sólo en el caso de que la adjudicación sea formalizada en escritura pública, la cual debe

(48) Esta prórroga procede sólo en casos «muy calificados», de acuerdo con el numeral 67, inciso e), del Reglamento de la Contraloría.

(49) Inciso g) del numeral 100 de la LAFR.

(50) Numeral 67, inciso d), del Reglamento de la Contraloría.

(51) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *La selección de contratistas*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, curso de Derecho administrativo de 1971, Facultad de Derecho, tesis 23, p. 19, San José; y CALVO MURILLO, Virgilio: *El contrato administrativo*. Tesis para obtener el título de licenciado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1972, inédita, p. 81, San José.

(52) Recientemente se ha publicado una obra importante para el estudio de este tema: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, escrita por el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR.

(53) Sentencia núm. 422, de las 10 horas del 10 de julio de 1968, del Tribunal Superior Civil y Contencioso-administrativo, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

(54) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*. Imprenta Lehmann, «Revista de la Contraloría», núm. 4, marzo de 1968, p. 23, San José; y ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *La selección...*, op. cit., p. 21.

ser remitida a la Contraloría para el examen de su legalidad y su correspondiente eficacia, al tenor del inciso *g*) del numeral 4.º de la Ley Orgánica de este Organismo (55).

E) *Relaciones contractuales.*

Luego de haberse realizado el procedimiento de selección de contratistas con un resultado configurativo de un contrato de la Administración, nacen relaciones contractuales entre las partes negociantes. Estas relaciones no constituyen la parte central y medular de este estudio, razón por la que sólo se hará una breve referencia a ellas.

1. *Fiscalización de la Contraloría en la fase de ejecución de los contratos administrativos.*

Esta institución tiene atribuidas una serie de facultades de fiscalización, entre ellas las siguientes: *a*) vigilar por el cumplimiento de los principios y normas que deben regir estos contratos, haciendo inspecciones periódicas, en las que revisará todas las operaciones que afecten esta negociación; *b*) fiscalizar la ejecución y realización de los mencionados contratos de acuerdo a lo expresamente pactado en ellos; *c*) controlar que las respectivas cauciones sean rendidas debidamente, y *d*) ejercer el control jurídico-contable de la Hacienda Pública (56).

2. *Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Esta jurisdicción tiene a su cargo todo lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, al tenor del numeral 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de Costa Rica (57).

(55) Numeral 4.º, inciso *e*), de la Ley Orgánica de la Contraloría. Son funciones primordiales de esta institución: refrendar las obligaciones del Estado; inciso *g*): cualquier contrato distinto de los de trabajo y todo acuerdo que comprometa los fondos del Estado será válido (debe decir «eficaz») cuando haya sido refrendado por la Contraloría; a este efecto, en todo contrato que comprometa el desembolso de los fondos nacionales deberá insertarse certificación expedida por el contralor indicando que existe partida libre de gravamen con que cubrir la erogación respectiva (principio de legalidad presupuestaria).

(56) Numeral 66 del Reglamento de la Contraloría; numerales 1 a 8 de la Ley Orgánica de este ente y 183 de la Constitución política.

(57) Ley núm. 3667, del 12 marzo de 1966. El numeral 3.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España indica: Esta Jurisdicción conocerá de: *a*) las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. Esta Ley sirvió de base a la costarricense.

3. *Papel de la Contraloría con respecto a las relaciones contractuales*

En relación a éstas, el ente contralor actúa como órgano de consulta. Frecuentemente la Administración y los particulares, contratistas o no, acuden a esta institución con el fin de obtener su criterio. Se nota, pues, una marcada tendencia a evitar recurrir a la vía jurisdiccional, pues se desea obviar los problemas que dimanen de los litigios (58). El carácter técnico de la Contraloría ha sido respaldado hasta el momento por las sentencias de la vía contencioso-administrativa, las cuales recogen los criterios expresados por el órgano contralor en sus pronunciamientos y resoluciones.

4. *Prerrogativas de la Administración en el plazo de ejecución de los contratos administrativos.*

Estas prerrogativas son, por ejemplo, las relativas al poder de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato y el de modificación del objeto del mismo (59). GARCÍA DE ENTERRÍA nos dice sobre esta temática que la que se puede calificar de prerrogativa por excelencia es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad. Cabalmente, en virtud de ese formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del mismo, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la aprobación o la devolución final de la fianza (60). Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual.

(58) TOHARIA CORTÉS, José Juan: *Cambio social y vida jurídica en España. 1900-1970*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, inédita, 1971. De modo resumido, se puede decir que la hipótesis del profesor TOHARIA en este estudio es que a mayor desarrollo económico y social se da un relativo menor incremento de pleitos judiciales.

(59) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Los contratos de la Administración*. Apuntes de Derecho administrativo de la cátedra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, curso de 1972-1973, t. VI, pp. 56 a 61, Madrid.

(60) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La figura del contrato administrativo*, en el núm. 41 de esta REVISTA, pp. 122-123.

5. *Técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato.*

Frente al descrito régimen exorbitante del Derecho común (61) se han construido técnicas de protección al contratista y al equilibrio financiero del contrato. La tesis tradicional, que postulaba que tales contratos se celebraban a riesgo y ventura del contratista, ha cedido su puesto a la de las técnicas de garantía del equivalente económico de esta relación negocial. Estas técnicas son: la compensación por el ejercicio del *ius variandi*, el *factum principis*, la revisión de precios, la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la modulación del riesgo, ventura y fuerza mayor a esta figura jurídica (62).

En el ordenamiento procesal costarricense no existen normas que regulen tales aspectos del contrato administrativo, motivo por el cual se aplica en este orden el Derecho administrativo general, sus principios generales de Derecho y el Derecho común, con marcada influencia de la normativa, doctrina y jurisprudencia francesa y española, entre otras.

F) *Contratos interadministrativos.*

Estos contratos son los que celebra la Administración entre sus propios órganos. Es el numeral 92 de la Ley de Administración Financiera de la República el que regula estos contratos interadministrativos, al disponer que la compraventa o permuta que se realice entre dependencias oficiales o entre éstas e instituciones del poder descentralizado podrán efectuarse libremente mediando la autorización de la Contraloría General (63).

Este sistema de negociación es frecuente y se enmarca dentro de la estructura de fiscalización de la Hacienda Pública encomendada a la institución contralora (64).

G) *Contratos de «actividad ordinaria».*

Es este el nombre que reciben en el numeral 110 de la Ley de Administración Financiera de la República, cuando expresa que si la compra, venta, arrendamiento u otra forma de tráfico de los bienes o valores constituyen actividad ordinaria de la institución, según la Ley

(61) VEDEL, Georges: *Droit administratif*. Presses Universitaires de France, París, pp. 221 a 224, 1968.

(62) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, pp. 61 a 73.

(63) Con respecto al Poder Central, tanto la Proveduría Nacional como la Contraloría deben estar de acuerdo con esta contratación para que la misma se pueda efectuar; referente al Poder Descentralizado, sólo se requiere la autorización de la Contraloría.

(64) Numeral 183 de la Constitución Política y numerales 1.º a 4.º de la Ley Orgánica de la Contraloría General.

y disposiciones reglamentarias que la rigen, no estarán comprendidas en la obligación de licitación, encontrándose dentro de la previsión de este artículo el arrendamiento de dinero por parte de las instituciones bancarias, la venta de seguros por parte de las instituciones de seguros y la compra y venta de acciones y bonos en las instituciones financieras.

Esta «actividad ordinaria» debe conceptuarse como la prestación directa del servicio encomendado a cada institución pública, el cual es su especialidad orgánica (65). Este concepto se ha introducido al Derecho costarricense, sobre todo, por medio de la Ley citada y como vía de excepción al procedimiento licitatorio. La razón de esta excepción obedece a que esta actividad es materialmente no susceptible de ser sometida a un procedimiento lento, como es el de la licitación pública. La única actividad contractual de la Administración que resulta imposible de ser constreñida a licitación es la que constituye la prestación misma del servicio encomendado al ente administrativo; todas las demás, aunque relacionadas con ella, se pueden llevar a cabo a través del mecanismo del concurso (66).

Las notas caracterizadoras de estos contratos son, pues: 1.º Están regidos por el Derecho administrativo. 2.º Se realizan directamente con el usuario del servicio. 3.º La finalidad de estas negociaciones es la prestación del correspondiente servicio público. 4.º Los conflictos originados en estos contratos se resuelven en la jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa.

H) Consideraciones generales.

1. Históricas.

Las leyes financieras costarricenses forman parte del complejo histórico de la década de 1940 a 1950, en la cual un grupo emergente participa mancomunadamente en el ejercicio del poder político y económico. Con el advenimiento al poder de este grupo se configura el Estado de derecho racional burgués capitalista (Max WEBER).

La «guerra civil de 1948» puede ser calificada de precipitante social para el cambio estructural de una sociedad agroexportadora predominante a otra matizada por formas urbanas de convivencia (fundamentalmente en la ciudad capital, hipertrofiada demográficamente) y el incipiente desarrollo económico en los sectores industriales, financieros y de servicios, con la correspondiente presencia de burgueses, asociados con los tradicionales cafetaleros y bananeros, integrantes de la clase dominante de Costa Rica. Este cambio estructural, siempre

(65) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*, op. cit., p. 28. Pronunciamientos de la Contraloría mediante Oficios núm. 2117, del 13 de abril de 1971, y núm. 3742, del 18 de junio de 1965.

(66) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio núm. 2723, del 20 de mayo de 1967

orientado dentro del sistema de propiedad privada de los medios de producción y de distribución de los bienes y servicios, fue promovido parcialmente por el Centro de Estudios para los Problemas Nacionales y el Partido Social Demócrata, antecedentes directos e inmediatos del partido mayoritario en el país (Liberación Nacional).

Durante las décadas de 1950 a 1970, la élite dominante radicada en el país citado opta por la estrategia de mantener estacionario el crecimiento de controles legales de la Hacienda Pública, con la finalidad de tener un radio de acción político-económico, en el cual pueda moverse discrecionalmente de conformidad con las exigencias de las reglas de juego de la clase dirigente: fortalecimiento y consolidación como estrato alto de la sociedad.

Las mencionadas Leyes financieras se elaboran en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, como un instrumento de control sobre el Poder Ejecutivo, que impidiera el irregular manejo de los fondos públicos, operado en gobiernos anteriores a ese año (67).

2. Jurídicas

Es claramente patente la necesidad de dotar a la contratación administrativa estudiada de normas adecuadas al momento jurídico actual, ya que las que existen son insuficientes y anacrónicas para el fin con que fueron concebidas. Parte de esta tarea puede consistir en la emisión de un código de contratos administrativos, con su respectivo reglamento, que venga a llenar la laguna presente en el ordenamiento examinado. Se ha afirmado que (al referirse al caso de España) cuando la mejor doctrina inicia la labor de desmitificar la clásica concepción del contrato administrativo sobre la idea de las exorbitancias del Derecho común, el legislador español de la nueva Ley de Contratos del Estado, que aún no ha tenido tiempo de asimilar la revisión, instala en nuestro ordenamiento positivo las ideas clásicas con todos sus equívocos, de forma que la nueva Ley consolida el contrato administrativo «por naturaleza» precisamente en el momento en que se ha dejado de creer en él (68). Costa Rica presenta también esta tendencia a postular el contrato administrativo de acuerdo a las ideas clásicas. Al igual que en España, el citado país da una visión panorámica, en la cual la doctrina se inclina por «desmitificar la clásica concepción» del contrato comentado, mientras que la orientación de la Ley es hacia la plasmación del indicado contrato, de acuerdo a los cánones originarios.

No hay duda de que lo que está detrás de estas tipificaciones contractuales es una decisión política. Efectivamente, nuestro ordena-

(67) Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, dado el 15 de enero de 1951.

(68) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1972, página 27.

miento político institucional es democrático-liberal, con una estructura estatal fuerte y expansiva, la cual reclama para sí las prerrogativas ya descritas, relacionadas con esta figura contractual. El proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa (69), no responde a los requerimientos contemporáneos de la negociación administrativa costarricense, debido a que, entre otras cosas, incurre en la inadecuada táctica de localizar la materia contractual dentro de una Ley general de administración financiera, lo cual pudo haber sido útil en 1951, pero ahora no se justifica ante la complejidad y el aumento, cualitativo y cuantitativo, de los contratos administrativos.

Este proyecto afirma la tesis del *contrat administratif* tradicional, lo cual está en consonancia con la estructura del Estado comentado. Su articulado, referente al campo que aquí nos interesa, fue redactado por la Contraloría General con un criterio técnico, el cual será matizado por el criterio político con que actúa el Poder legislativo probablemente, en el supuesto de que sea emitida una nueva Ley de Administración Financiera (70).

En lo concerniente a la licitación pública como mecanismo idóneo para realizar la contratación indicada, considero que es menester mantenerla como la regla en el ámbito de la negociación administrativa, pues la influencia de los partidos políticos mayoritarios (71) en el manejo de la Hacienda Pública precisa del control que conlleva el uso del concurso público, manteniendo la contratación directa como

(69) Publicado en el «Alcance» núm. 15 a «La Gaceta» núm. 31, del 15 de febrero de 1972.

(70) La exposición de motivos que la Contraloría redactó en relación con el articulado de contratos administrativos, que forma parte del proyecto de Ley citado, sostiene que serías lagunas en la legislación actual, las experiencias recogidas a través de las actuaciones de la Contraloría y soluciones ofrecidas por tratadistas del Derecho administrativo en obras recientes exigen una rectificación y una complementación de la Ley, no sin dejar lugar a la función amplia de la correspondiente reglamentación. (Publicación mimeografiada de la Contraloría General de la República, conteniendo el articulado atañente a los contratos administrativos y su respectiva exposición de motivos, en ocasión de su envío a la Asamblea Legislativa, cuya primera publicación oficial se hizo en el «Alcance» núm. 17 a «La Gaceta» núm. 224, del 10 de noviembre de 1971, bajo el epigrafe de reforma a la Ley de Administración Financiera de la República, que dio lugar a la elaboración integral de esta Ley, que no ha pasado de ser un proyecto legislativo; anexo I, p. 2.)

(71) En la actualidad, en relación al poder descentralizado (Instituciones autónomas y semiautónomas), se da un cogobierno, pues las Juntas directivas de estas Instituciones presentan una relación cuatro a tres en su integración: cuatro directivos son del partido mayoritario y tres pertenecen al partido político inmediatamente inferior en votación electoral al que obtuvo el primer lugar en las elecciones para presidente y vicepresidentes del país; esto responde al hecho trivial de que la clase dominante de una sociedad financia los partidos políticos predominantes, de tal manera que lo que aparenta ser un sistema político democrático-liberal, en el fondo —lógicamente— es una plutocracia.

medio excepcional y tasado de cristalizar la contratación mencionada (72).

3) *Económicas.*

Debido al desenvolvimiento de las formas capitalistas modernas, el Estado costarricense contrata con una multiplicidad de empresas extranjeras, del tipo de conglomerados internacionales, bajo la modalidad de la sociedad anónima. Esta circunstancia hace aconsejable la elaboración de políticas de negociación administrativa acordes con el funcionamiento de esta maquinaria empresarial, frecuentemente oligopólica.

Otra observación que cabe formular es que la inversión que realiza la Administración a través de los contratos administrativos debe responder a una política de planificación nacional (73), con el objeto de que esta inversión coadyuve al logro de metas aceptables de desarrollo económico y social.

4. *De organización y métodos.*

En este aspecto se hace preciso una capacitación adecuada de la Administración a los funcionarios y empleados relacionados con la contratación administrativa, su naturaleza, efectos y fines. Tanto los recursos humanos como los medios físicos administrativos (archivos, ficheros, historiales, etc.) deben estar adecuadamente ubicados para obtener de la contratación estudiada el mejor rendimiento posible, evitando con ello que innecesarias trabas burocráticas o deficiencias administrativas entorpezcan el buen desarrollo del procedimiento licitatorio y contractual en general. En esta área de la actividad administrativa también se requiere contar con personal especializado y capacitado, pues de lo contrario los fines de las relaciones contractuales de los entes públicos se verán perjudicados seriamente.

Jorge Enrique ROMERO PÉREZ
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

(72) MURILLO, Mauro: *Un privilegio inadmisibile*. Imprenta Lehmann. «Revista de la Contraloría» núm. 4, marzo de 1968, pp. 3 a 5. San José.

Este autor critica el hecho que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) no esté subordinado a la Ley de Administración Financiera de la República y al uso obligatorio de la licitación pública y a su respectivo control contralor. Esta crítica la hago extensiva al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el cual también tiene un *status* privilegiado «inadmisibile», ya que —al igual que el ICE—, no está sometido a los controles de la licitación pública, manejando ambos entes fondos públicos.

(73) Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *Memoria de los años 1960-1971*. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Ministerio de Hacienda. Dirección General del Patrimonio del Estado. Madrid, 1972, p. 14.

BIBLIOGRAFIA

